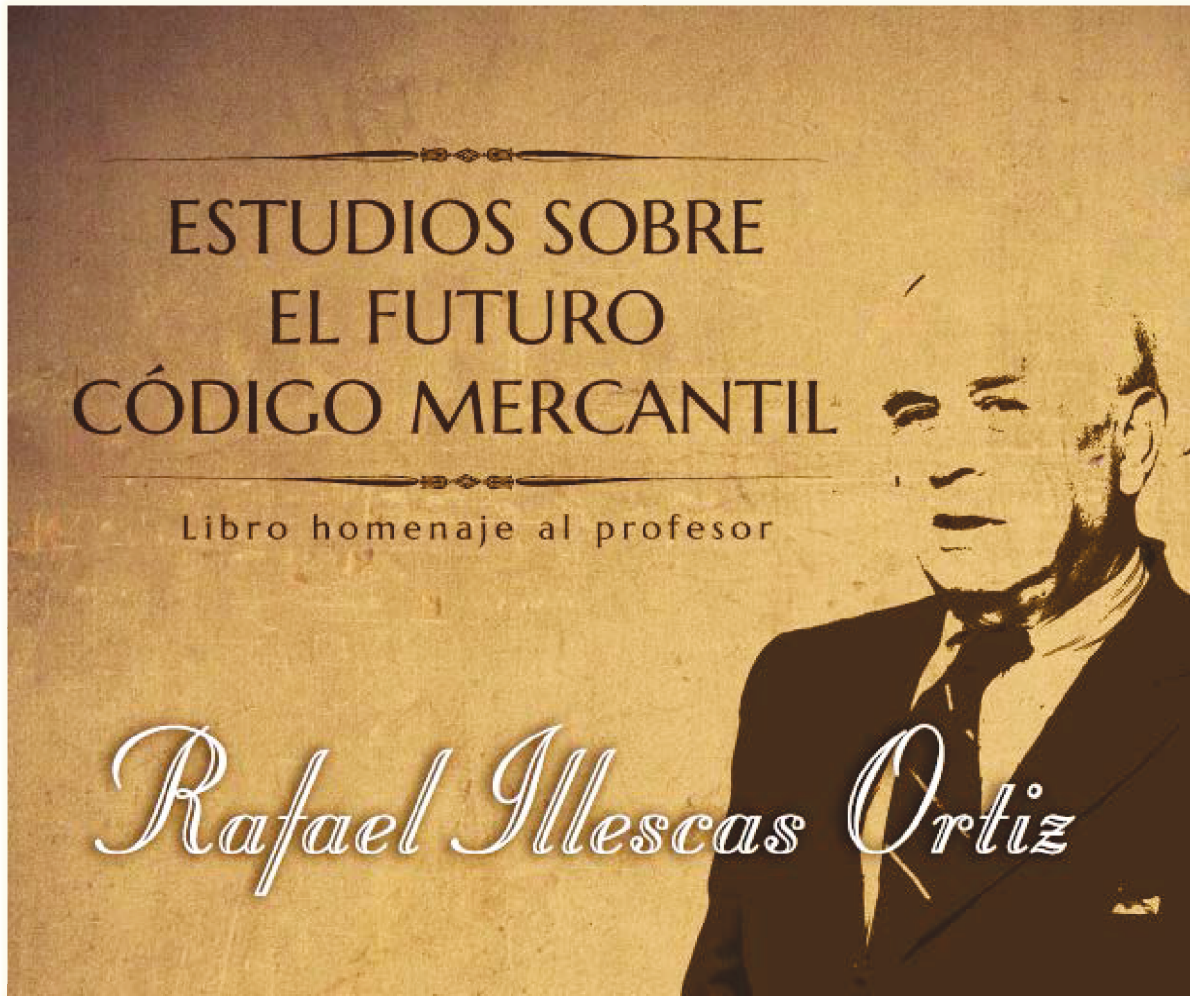




Universidad  
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**  
Repositorio Institucional



Yanes Yanes, Pedro. Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de daños”: una aproximación. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1140-1162. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21046>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# CONFIDENCIALIDAD Y CLEMENCIA EN LA ‘DIRECTIVA DE DAÑOS’: UNA APROXIMACIÓN

PEDRO YANES YANES\*

## Resumen

La recientemente aprobada Directiva 2014/104/UE (“Directiva de daños”) se propone armonizar, entre otros extremos, las condiciones en que las víctimas de daños derivados de ilícitos concurrenciales pueden acceder a información relevante para ejercitar fundadamente sus acciones indemnizatorias contra los infractores. La orientación final del instrumento normativo se ha decantado por soluciones de compromiso que habrían de asegurar el delicado equilibrio entre la efectividad del *private enforcement* y el éxito de los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles. Sin embargo, la complejidad del sistema finalmente arbitrado permite augurar no pocas dificultades en la elaboración de las normas domésticas de transposición. Este trabajo ofrece una primera aproximación al panorama abierto por la norma comunitaria y explora fórmulas para la transposición de la Directiva en el ordenamiento español.

## Contenido

1. Planteamiento. – 2. Las reglas de exhibición de pruebas (*discovery*). – 2.1. Regla general de acceso y criterios de ponderación. – 2.2. Reglas especiales de acceso a expedientes *antitrust*. – 2.3. Límites a la aportación directa de pruebas obtenidas del expediente *antitrust*. – 2.4. Sanciones. – 3. Los correctivos al blindaje del *leniency material*. – 3.1. Facilitación probatoria del ilícito concurrencial. – 3.2. Facilitación probatoria del daño y de su cuantificación.

## 1. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, el derecho de las víctimas de los cárteles a ser indemnizadas por los infractores de las normas de la competencia –la pieza seguramente más importante del sistema de aplicación privada *antitrust*– puede entrar en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de tales normas cuando las propias víctimas pretenden acceder a la información obtenida por la autoridad de competencia en el marco de un programa de clemencia. Con anterioridad a la reciente aprobación de la Directiva de daños (“DD”)<sup>1</sup>,

---

\* Catedrático (acr.) de Derecho Mercantil. Miembro del [Instituto de Derecho del Mercado y de la Competencia / URJC](#) (Madrid).

<sup>1</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea [[DOUE L 349/1, 5.12.2014](#)]. Para una valoración de urgencia, entre nosotros, HERRERO SUÁREZ, C., “La futura Directiva de daños: frentes abiertos”, *La Ley mercantil*, 7, 2014, pp. 1-5 (copia electrónica).

el problema de las relaciones entre programas de clemencia y acciones privadas de daños se había abordado por el Tribunal de Justicia en cuatro ocasiones señaladas (*Pfleiderer*, *Donau Chemie*, *Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims* y *Energie Baden-Württemberg*)<sup>2</sup>, sentando una doctrina que deberá ahora revisarse y ponderarse a la luz de las nuevas exigencias de armonización que consagra la norma comunitaria<sup>3</sup>.

Aunque no sería preciso señalar en este momento el significado de una y otra pieza –pública y privada– del sistema de aplicación del ordenamiento *antitrust*, no está de más recordar que la política de clemencia hace suyas las enseñanzas con las que alecciona el conocido “dilema del prisionero”. En términos de teoría de juegos, todo programa de clemencia no es más que un instrumento que permite a la autoridad de la competencia incrementar los incentivos para que un infractor de la prohibición de cártel delate al resto de coinfractores en lugar de seguir cooperando con ellos en la ejecución de la práctica restrictiva de la competencia<sup>4</sup>. Es así como en el marco de esta *policy* los programas de clemencia aumentan la tasa de detección del cártel y por esa vía elevan el coste esperado de la multa, aunque este efecto solo es reconocible cuando el incentivo del programa se mantiene exclusivamente en la fase pública del *enforcement*. Porque, en efecto, cuando el *enforcement* se proyecta sobre una fase privada, sucesiva a la pública, como consecuencia del ejercicio de una acción civil “de seguimiento” (*follow-on claim*),

<sup>2</sup> Me permito remitir a mi reciente trabajo “La protección del ‘*leniency material*’ en la jurisprudencia comunitaria: de *Pfleiderer* a *EnBW*”, *RCD*, 14, 2014, pp. 179-193, del que este de ahora, escrito para el Libro Homenaje al Prof. Rafael Illescas, es continuación.

<sup>3</sup> Hasta la publicación definitiva de la DD la bibliografía doméstica sobre este temario fue copiosa. Pueden citarse, como más representativas, las aportaciones de FERNÁNDEZ TORRES, I., “Los programas de clemencia y la interacción con las demandas de indemnización por daños y perjuicios. A propósito de la Resolución de la CNC, de 21 de enero de 2010 (Expte. 5/0084/08 Fabricantes del Gel)”, *RCD*, 8, 2011, pp. 241-258; FONT RIBAS, A. y GÓMEZ TRINIDAD, S. (coords.), *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, Marcial Pons, Madrid, 2013, e *ibi* las contribuciones específicas de R. Alonso Soto, E. Galán Corona, R. Amils Arnal, F. Cachafeiro García, A. Arroyo, M<sup>a</sup> C. Pablo-Romero, J. Morales Barceló y P. Pérez Fernández; FONT RIBAS, A. y VILA COSTA, B. (dirs.), *La indemnización por infracción de las normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012; GÓMEZ TRINIDAD, S., “Comentarios sobre algunas cuestiones contenidas en el Libro Blanco de acciones por daños por la infracción de las normas de la competencia. La necesidad de armonización de la regulación del recurso colectivo y la protección a los partícipes en procedimientos de clemencia”, *ADI*, 32, 2011-2012, pp.95-122; MARTÍ MOYA, V., “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso *Pfleiderer* (C-360/09)”, *RCD*, 10, 2012, pp. 229-238, y luego “‘Disclosure’ sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012”, *RDM*, 292, 2014, pp. 513-526; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup> C., “La posición del solicitante de clemencia ante las acciones de reclamación de daños (Después de la Propuesta de Directiva de 13 de junio de 2013)”, *La Ley mercantil*, 2, 2014, pp. 70-91; RUBIO VICENTE, P. J., “El programa de clemencia en el Derecho español de la competencia”, en VV.AA., *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, VELASCO SAN PEDRO, L., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., HERRERO SUÁREZ, C. (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2014, pp. 181-275; TOBÍO RIVAS, A. M<sup>a</sup>, “Reparación por daños derivados de un ilícito antitrust y acceso a la documentación que forma parte de un procedimiento ante una autoridad nacional de competencia”, *ADI*, 34, 2013-2014, pp. 630-634; o en fin, VELASCO SAN PEDRO, L. (dir.) et alii, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, e *ibi* las contribuciones específicas de P. Piroddi, J. Süderow, P. Pérez Fernández o Ph. Collins, entre otros.

<sup>4</sup> Sobre este origen y motivaciones, BORRELL, J. R., JIMÉNEZ, J. L. y ORDÓÑEZ, J. M., “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia”, *Working Paper CNC*, s.f. pero 2012; desde la autoridad reguladora, ZOIDO, E., “El nuevo régimen de clemencia: una visión económica”, *GJUEC*, 2008, pp. 1-14 (copia electrónica).



la mayor incertidumbre sobre el desenlace final altera las bases iniciales del juego. En ese escenario, las consecuencias de las decisiones de los jugadores pierden su predictibilidad y el juego se asemeja a una apuesta. La racionalidad se sustituye por la aleatoriedad, y por ello se elevan las probabilidades de que los infractores rehúsen jugar, o que lo hagan en medida irrelevante para los más ambiciosos fines de la política pública.

Como queda dicho, el problema se plantea respecto al ejercicio de las acciones de daños en su modalidad de “acciones de seguimiento”. A diferencia de las “acciones independientes” (*stand-alone claims*), las de seguimiento persiguen una tutela privada de tipo indemnizatorio añadida o complementaria a la represión previa del ilícito –del mismo ilícito– por parte de una autoridad de la competencia. El ejercicio de estas acciones civiles *follow-on* suscita una mayor complejidad en la medida en que un mismo ordenamiento reacciona, en dos momentos sucesivos, frente a un mismo ilícito, activando para ello dos sistemas de aplicación, el público y el privado, que deben coordinarse en atención a los fines institucionales que comparten y promueven. El problema debe tratarse, por tanto, como un problema de coordinación, y así se propuso hacerlo la jurisprudencia comunitaria en aquellas señaladas ocasiones, pocos años después de que hubiera otorgado carta de naturaleza –primero en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage*<sup>5</sup>, y más tarde en la Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi*<sup>6</sup>– a la aplicación privada de las normas de la competencia.

La exploración del problema también mereció la elaboración de un Libro Verde primero (*Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*<sup>7</sup>), y de un Libro Blanco después (*Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*<sup>8</sup>). Por lo que ahora interesa recordar, el Libro Blanco reconocía la importancia que para la aplicación pública y privada de las normas tiene “que los programas de clemencia sean atractivos”, y el atractivo mayor es, sin duda, el de exoneración o reducción de la multa que el sistema ofrece como recompensa al infractor que denuncia la existencia del cártel. Pero tan importante como el incentivo son las condiciones en que se ofrece a los infractores: confianza y confidencialidad. Bajo esta premisas, cabe preguntarse si es posible mantener una coexistencia eficaz entre clemencia y reparación alterando las condiciones en que el incentivo se ofrece a los infractores. Esta es la pregunta que ha venido a contestar la DD, optando por la solución armonizadora frente al menos predecible *case-by-case analysis*, y porque, además, la atomización de las soluciones en una materia que requiere una aplicación homogénea en todo el territorio de la Unión Europea comportaría graves peligros. A conjurarlos, y a la

---

<sup>5</sup> Asunto [C-453/99](#), *Courage Ltd c. Bernard Crehan y Bernard Crehan c. Courage Ltd* y otros.

<sup>6</sup> Asunto [C-295/04](#) (y acumulados C-296/04, C-297/04 y C-298/04), *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*.

<sup>7</sup> COM(2005) 672 final, 19.12.2005. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.

<sup>8</sup> COM(2008) 165 final, 2.4.2008. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>.

necesaria tarea de coordinación y armonización positiva, se aplica la DD, sin perjuicio de que su contenido y alcance puedan resultar, en algunos aspectos, polémicos<sup>9</sup>.

## 2. LAS REGLAS DE EXHIBICIÓN DE PRUEBAS (*DISCOVERY*)

Las previsiones de la DD sobre el acceso de los perjudicados a los medios de prueba cuando se ejercitan acciones de daños tienen un contenido y alcance diversos según se refieran a supuestos generales o específicos. A esta distinción de régimen responde la separación formal de los artículos 5 y 6 DD, de la que son tributarios los dos subepígrafes siguientes.

### 2.1. Regla general de acceso y criterios de ponderación

En primer lugar, el artículo 5 DD parte de la formulación de una regla general de acceso a las fuentes de prueba en favor de los demandantes de daños, según la cual “*los órganos jurisdiccionales nacionales [pueden] ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas [...] que tenga en su poder*” (apartado 1), siempre “*bajo su estricta supervisión*”<sup>10</sup>. Se trata de una formulación general y abstracta, de reconocimiento del poder del juez en materia probatoria, referido a “fuentes de prueba” y no a “medios de prueba”, según la distinción generalmente aceptada por los autores en virtud de la que se suelen tratar separadamente aquellos elementos existentes en la realidad extraprocesal, y que pueden resultar aptos para convicción o certeza sobre datos de hecho, y la actividad procesal mediante la que se incorporan al concreto proceso<sup>11</sup>. Por esta razón la regla viene acompañada, en una ordenación poco sistemática de enunciados, de criterios de ponderación que deben presidir la decisión del juez en un contexto de oposición intereses entre demandante y demandado, y en la que – era innecesario decirlo – no podría ser tomado en consideración el interés del infractor en conjurar el ejercicio de acciones de daños por quienes resulten perjudicados por sus acciones u omisiones concurrenciales ilícitas (apartado 5). Lo que importa señalar es que tales pautas traducen el planteamiento de mínimos del que es tributaria la DD, de suerte que las reglas y criterios del artículo 5 “no impedirá[n] que los Estados miembros mantengan o introduzcan normas que conduzcan a un sistema de exhibición *más amplia*

---

<sup>9</sup> El movimiento de armonización positiva lo alentó la STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* [asunto [C-360/09](#)], el primer y más importante pronunciamiento registrado por la jurisprudencia comunitaria sobre este espinoso tema. Su carácter pionero explica que también fuera el más discutido y polémico, y sobre todo el más inquietante para la *European Competition Network* (ECN), que no tardó mucho en manifestar su parecer contrario y alertar sobre la doctrina del alto tribunal [*Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency\\_material\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf)]. Quizás por ello la doctrina *Pfleiderer* terminó por impulsar la reacción de las autoridades comunitarias hacia una armonización legislativa cuyas bases de transposición han cristalizado, después de algunos años de indecisión y letargo, en la reciente Directiva de daños.

<sup>10</sup> Considerando (16).

<sup>11</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, M. (dir.) et alii, *Derecho procesal civil*, 13ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 288.

de las pruebas” (apartado 8, cursiva nuestra), excepción hecha de las previsiones indisponibles –y por tanto de máximos– recogidas en los apartados 4 y 7 del artículo 6 DD y que luego se examinarán.

Con independencia de ello, y volviendo a las previsiones básicas de la regla general que ahora se examina, en este primer precepto pueden identificarse hasta cuatro criterios distintos de ponderación –verosimilitud, pertinencia, proporcionalidad y contradicción– que, a decir verdad, no parece que vayan a comportar, tras la transposición, una alteración sustancial de la disciplina probatoria de nuestro proceso civil. Veámoslos ahora por separado.

- A) La DD pide, primero de todo, que la solicitud del demandante contenga una motivación razonada y apoyada en hechos y pruebas con un grado de suficiencia que permita justificar la viabilidad de la acción de daños. Del relato de hechos y de los medios de prueba que el demandante esté razonablemente en condiciones de aportar ha de poderse inferir que la pretensión deducida es verosímil<sup>12</sup>. Solo constatando la verosimilitud de la pretensión, “los órganos jurisdiccionales nacionales [podrán] ordenar que la parte demandada o un tercero exhiban las pruebas” (apartado 1) con respeto, cuando fuera aplicable, al Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>13</sup>. Y, en todo caso, además, observando el principio de proximidad o facilidad probatoria, que habría de impedir al juez requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes a su cargo cuando puedan ser razonablemente aportadas por alguna parte o por un tercero (artículo 6.10 DD)<sup>14</sup>. Las pruebas en estas acciones suelen estar casi siempre y en su práctica totalidad en poder de los infractores o de terceros, pero ello no excluye que la víctima pueda eventualmente encontrarse en disposición de aportarlas en razón de su proximidad a la fuente.
- B) Sobre la verosimilitud de la pretensión, las fuentes de prueba señaladas por el demandante han de ser, además, pertinentes al objeto del proceso. El de la pertinencia no es, como se sabe, un requerimiento novedoso, sino suficientemente conocido en la práctica procesal civil por mandato del artículo 283.1 LEC (“No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”), y se halla además íntimamente ligado al de utilidad: mientras la pertinencia pide una causa, la utilidad reclama

---

<sup>12</sup> O, como dice el Considerando (16) DD, “una vez que el demandante haya demostrado la *verosimilitud*, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado” (cursiva nuestra).

<sup>13</sup> [DOUE L 174, 27.6.2001](#).

<sup>14</sup> Como señala el Considerando (29), “[d]ebe ordenarse a una autoridad de la competencia la exhibición de pruebas *solo cuando no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero*” (cursiva nuestra).

interés o necesidad de la prueba<sup>15</sup>. Con carácter general, puede decirse que un medio de prueba es pertinente cuando lo que pretende acreditarse es relevante para la decisión de la pretensión procesal (o, más aún, para la propia tutela judicial reclamada: artículo 281.1 LEC), lo que según la doctrina procesalista podrá acaecer de modo directo –por ser un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente alegado– o de modo indirecto –por ser un hecho que sirve para la construcción o para la impugnación de presunciones respecto de hechos de la clase anterior, o por ser hecho importante para apreciar la fiabilidad de otro medio de prueba<sup>16</sup>. Precisamente por ello la DD restringe la decisión sobre la exhibición de pruebas – bien de piezas singulares o específicas, bien de categorías de ellas– “lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada [del demandante]” (cursiva nuestra), y parece que implícitamente también a las pruebas útiles –necesarias y de interés– para el proceso<sup>17</sup>. Y por eso también pesa sobre el solicitante el deber de especificar las pruebas singulares o las categorías de pruebas con la mayor concreción y precisión posibles<sup>18</sup>.

Como puede apreciarse con facilidad, la DD pide al juez que apure o maximice el juicio de pertinencia a fin de no conceder al demandante más de lo estrictamente necesario para conseguir probar los hechos que sustentan la acción de daños, pero sin merma de la tutela jurisdiccional de su derecho al resarcimiento. La pertinencia opera, pues, como un límite al derecho del demandante y al poder del juez, y cumple así la función de preservar la esfera de la parte demandada o del tercero que esté en poder o en disposición de fuentes de prueba relativas al proceso. Ello no impedirá, sin embargo, que el juez pueda denegar las pruebas cuando la fuente contenga información cuya divulgación pueda lesionar el interés del demandado o de terceros (secretos comerciales o cualquier otra de naturaleza confidencial o reservada), o comprometer incluso el deber de sigilo que deben

<sup>15</sup> Recordando y actualizando el acervo de la doctrina procesalista, ASECIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, “La prueba”, en VV.AA., *Proceso civil práctico*, GIMENO SENDRA, V. (dir), IV, 4<sup>a</sup> ed., La Ley Actualidad, Madrid, 2010, p. 46.

<sup>16</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *op. cit.*, p. 291. Como ha proclamado el Tribunal Supremo, “no existe un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas que tengan una relación con el ‘thema decidendi’, pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o que se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad”: STS –Sala 1<sup>a</sup>– 31 enero 2013 (RJ 2013, 2408). En igual o parecido sentido, con anterioridad a la LEC/2000, SSTs –Sala 1<sup>a</sup>– 15 marzo 2005 (RJ 2005, 2237), 13 diciembre 1999 (RJ 1999, 8900).

<sup>17</sup> De nuevo, pare el concepto de utilidad de la prueba, ASECIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, “La prueba”, *op. cit.*, pp. 49-51.

<sup>18</sup> Considerando (23). La cuestión siempre estará necesitada de un punto de equilibrio: de un lado, porque estando dominada esta materia por una fuerte asimetría informativa no será necesario que las víctimas especifiquen las piezas concretas de prueba [Considerando (15)]; de otro, porque en los casos de solicitud de una categoría de pruebas la mejor manera de evitar comportamientos poco serios e infundados es exigir que la categoría sea “identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes a tenor de lo dispuesto en la presente Directiva”, siempre, como es natural, “sobre la base de los hechos razonablemente disponibles” [Considerando (16)].

observar ciertos profesionales (apartado 6)<sup>19</sup>. El acceso a dicha información a través de la admisión del medio de prueba habrá de someterse al mismo juicio de pertinencia (“los órganos jurisdiccionales nacionales [están] facultados para ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente en casos de acciones por daños”), si bien la DD cuida de imponer al legislador nacional el establecimiento de *medidas eficaces para proteger la confidencialidad* cuando el juez entienda pertinente la información para el ejercicio de acciones de daños (apartado 4)<sup>20</sup>. En la norma de transposición deberían señalarse en concreto algunas de estas medidas, las más conocidas, pero empleando una enumeración abierta que pudiera ser complementada en cada caso por el arbitrio judicial, como ocurre ya entre nosotros, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 259 (práctica de diligencias preliminares) o 328.3 LEC (deber de exhibición documental entre partes en procesos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual).

- C) En este contexto, la decisión del juez ordenando la exhibición también ha de ser proporcionada. Al limitar la exhibición de las pruebas “a lo que sea proporcionado”, la DD acoge implícitamente una prohibición de exceso en la decisión del juez, debiendo responder la admisión de la prueba a una ponderación de la relación de proporcionalidad entre el medio probatorio que pretende aportarse y la finalidad perseguida con la acción de daños (apartado 3)<sup>21</sup>. De manera que, una vez aceptada la pertinencia de la exhibición de pruebas, habrán de utilizarse técnicas de ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, y comprobarse si el sacrificio de los intereses del demandado o de los terceros guarda una relación razonable (proporcionada) con la importancia del interés del demandante que el ordenamiento jurídico tutela mediante el reconocimiento de la acción de daños. Cuando el test de proporcionalidad revele a los ojos del juez que el sacrificio resulta excesivo, la prueba propuesta, aun cuando fuera pertinente, habría de reputarse inadmisibile. Es así como la DD establece que “los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de

---

<sup>19</sup> Sobre este temario, que excede los límites de este trabajo, v. en nuestra práctica legal ALLENDESALAZAR, R., “Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio”, *GJUEC*, 2009, pp. 1-19 (copia electrónica), o SUDEROW, J., “Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes”, *CDT*, 3, 2011, pp. 316-325.

<sup>20</sup> En particular, “[e]ntre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial” [Considerando (18)], a lo que se añade, sin lugar a dudas, que “[l]as medidas de protección de los secretos comerciales y demás información *no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento*” (cursiva nuestra).

<sup>21</sup> Ampliamente sobre este principio, desde la óptica constitucional, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional”, en VV.AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, CARRASCO DURÁN, M. et alii (coord.), II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1-21 (copia electrónica).



todas las partes y de todos los terceros interesados”, debiendo tener en cuenta, en concreto, algunas circunstancias relevantes para la mejor conformación de juicio de proporcionalidad. En particular, (i) el grado de suficiencia que quepa apreciar en el conjunto de hechos y pruebas relatados y aportadas por el demandante; (ii) el alcance que la exhibición pudiera tener sobre los terceros afectados, especialmente cuando se trate de materias protegidas por la confidencialidad; (iii) el coste en que incurriría la exhibición, sobre todo en búsquedas indiscriminadas –no específicas o de excesiva amplitud– de información (fishing expeditions), sin probabilidad de resultado útil; (iv) y las consecuencias indeseables de la divulgación de información confidencial legalmente protegida. El catálogo de criterios incorpora otros nuevos y específicos que habrán de aplicarse cuando el juicio de proporcionalidad deba realizarse en relación con una exhibición de pruebas contenidas en un expediente antitrust, como luego veremos.

- D) Por último, y como no podía ser de otro modo, la admisión de pruebas para el ejercicio de una acción de daños no puede producirse inaudita parte, sino garantizando convenientemente que las personas concernidas por la exhibición “puedan ser oídas antes de que el órgano jurisdiccional nacional ordene dicha exhibición” (apartado 7). No se trata de una norma extraña sino sólidamente arraigada en nuestro sistema procesal civil, en el que la contradicción procesal constituye una exigencia ineludible también en la fase probatoria. Tampoco constituye novedad la posibilidad de que la autoridad de la competencia pueda comparecer “por propia iniciativa” ante el juez llamado a decidir sobre la admisibilidad de la exhibición para manifestar su punto de vista “sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición” (artículo 6.11 DD), erigiéndose así en cogarante del sistema público de aplicación de las normas de la competencia en términos muy similares a la previsión del artículo 15.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003<sup>22</sup>. La comparecencia e intervención de la autoridad de la competencia será voluntaria, pero habrá de aceptarse necesariamente por el juez, quien tampoco podrá desestimar sin suficiente motivación el punto de vista que exprese aquélla sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por el actor.

## 2.2. Reglas especiales de acceso a expedientes *antitrust*

Los supuestos específicos vienen regulados en el artículo 6 DD, cuyo régimen no altera el conjunto de normas y prácticas comunitarias o nacionales sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia (“intercambio orgánico de información”<sup>23</sup>). El

---

<sup>22</sup> A tal fin, “[l]os Estados miembros deben poder establecer un sistema por el que se informe a la autoridad de la competencia de las solicitudes de exhibición de información cuando la persona que la solicite o la persona de la que se solicite la misma esté implicada en la investigación de esa autoridad de la competencia en relación con la infracción alegada, sin perjuicio de la normativa nacional en materia de procedimientos no contradictorios” [Considerando (30)].

<sup>23</sup> La expresión se toma de RUBIO VICENTE, P. J., “El programa de clemencia...”, *op. cit.*, p. 243.

precepto trata del acceso a las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, reconociendo la vigencia y aplicación a ellos tanto de las normas generales de exhibición (ya examinadas al tratar el artículo 5 DD), como de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos [Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión<sup>24</sup>]. Sin embargo, tras ese reconocimiento, la disciplina de la exhibición de los documentos obrantes en los expedientes tramitados ante una autoridad de la competencia conoce algunas especialidades que terminan recortando el alcance ordinario que tiene, en los supuestos generales, el derecho de acceso. Mas, así y todo, concurriendo incluso todas aquellas condiciones de acceso, no todo el *leniency material* es accesible a los interesados.

La DD establece, en este sentido, varios niveles de protección del expediente *antitrust* como fuente probatoria principal en las acciones de daños<sup>25</sup>. Veámoslos.

A) En un primer nivel, de protección máxima (apartado 6), se blindan frente a cualquier pretensión de acceso los elementos clave en cualquier pieza de clemencia que se hubiera formado en el expediente (una black list). A tal fin, la DD impone a los Estados miembros la obligación de velar por que “los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia<sup>26</sup>, y b) las solicitudes de transacción<sup>27</sup>”. La exclusión alcanzaría además, según los considerandos, a “las citas literales de una declaración [de clemencia] o de una solicitud de transacción que figuren en otros documentos”<sup>28</sup>.

En nuestro Derecho, el tratamiento procedimental de la exención y reducción del importe de las multas se sustancia en una “pieza separada especial de confidencialidad” (artículos 42 LDC y 51 RDC), donde obran tanto las

<sup>24</sup> [DOUE L 145/43, 31.5.2001.](#)

<sup>25</sup> La orientación que se sigue en esta materia se encuentra expresada con toda claridad en el Considerando (24): “La presente Directiva *no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la competencia, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción*” (cursiva nuestra).

<sup>26</sup> Según el cuadro de definiciones de la DD, se entiende por tales “toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente” (artículo 2.16 DD).

<sup>27</sup> Según las mismas definiciones, por solicitud de transacción ha de entenderse “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (artículo 2.18 DD).

<sup>28</sup> Considerando (26).

declaraciones de clemencia (leniency statements) como las solicitudes de transacción (settlement submissions). Dentro de la primera categoría se encuentra, como es natural, la “solicitud formal de exención acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga” (artículo 46.1 RDC), o, cuando se opte y se acepte una solicitud verbal (artículo 46.2 RDC), la transcripción de la grabación de la declaración hecha por el solicitante, acompañada de la información y de los elementos de prueba exigidos reglamentariamente; pero también todas aquellas declaraciones o informaciones que terminen incorporándose a la pieza en virtud del deber de cooperación plena, continua y diligente que ha de observar el solicitante del beneficio: la información y los elementos de prueba relevantes que estén en su poder o a su disposición, las respuestas que se den a todo requerimiento que la autoridad de la competencia formule en orden al esclarecimiento de los hechos, las entrevistas con los empleados y directivos actuales o anteriores de la empresa, etc. (artículo 52 RDC). Dentro de la segunda, y fuera ya de la pieza de clemencia, se incluirán las propuestas de compromisos que en el procedimiento sancionador presentes los presuntos infractores (artículos 52 LDC y 39 RDC), que podrían incluso formar parte de específica una pieza separada que preservase su carácter confidencial (artículo 42 LDC)<sup>29</sup>. Estas dos fuentes de prueba quedan así vetadas de acceso en cuanto contienen (o pueden contener) declaraciones autoincriminatorias del infractor acogido al programa de clemencia o solicitante de transacción, pero es importante resaltar que se excluye su exhibición exclusivamente “*a efectos de las acciones por daños*” –que son aquellas en las que el demandante articula una reclamación “tendente al resarcimiento de [los] daños y perjuicios” derivados de una infracción del Derecho de la competencia (artículo 2.4 y 5 DD), y no en relación con otras acciones el *private enforcement* (señaladamente las de nulidad o de cesación), e incluso penales, que pudieran entablarse contra los infractores de las normas de defensa de la competencia. Esta es la única limitación que establece el precepto a la inmunidad del infractor acogido al programa de clemencia, de manera que parece excluirse cualquier concesión al arbitrio judicial en casos extremos.

Ahora bien, tratándose de una restricción del derecho del justiciable a la prueba sobre los hechos en que funda su pretensión, el blindaje de la pieza de clemencia y de la pieza de transacción debe interpretarse con sumo cuidado, excluyendo de su perímetro aquellos elementos que formando parte de las piezas no se reconduzcan a los concretos documentos que se señalan en la norma. Habrá que estar, por tanto, a las definiciones que sobre unas y otras declaraciones –las solicitudes de clemencia y las solicitudes de transacción– se plasman en la DD, de tal manera que todos aquellos elementos que formen parte de las piezas que no sean unas u otras perderían, en principio, la inmunidad de exhibición en el proceso de reclamación de daños. Como el perímetro de las piezas de clemencia y de transacción es a este efecto mayor que el estrictamente delimitado por el contenido

---

<sup>29</sup> Como enseguida se verá, el acceso a las solicitudes de transacción reciben un tratamiento más dulcificado cuando el presunto infractor haya desistido [artículo 6.5.c) DD].

de aquellos documentos señalados en la DD, la información que no se incluya en la *black list* habría de someterse a la protección media o mínima que en cada caso correspondiera. Esta es la consecuencia que natural y expresamente se deriva de la propia DD, cuando establece que “si solo algunas partes de la prueba solicitada se ven cubiertas por el apartado 6, las restantes partes serán exhibidas, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo a las disposiciones pertinentes del presente artículo” (apartado 8). Es el caso, explícitamente excluido por la propia norma, de la “información *preexistente*” (artículo 2.16 *in fine* DD), entendiéndose por tal la que pudiera eventualmente existir con independencia del procedimiento *antitrust*, “tanto si esa información consta en el expediente de una autoridad de la competencia como si no” (artículo 2.17 DD)<sup>30</sup>, o las solicitudes de transacción desistidas, que no obstante seguir conteniendo información sensible y comprometedor para el infractor, escapan a la inmunidad por expresa previsión de la DD [si bien sometidas a un nivel de protección media: artículo 6.5.c) DD].

En la práctica, sin embargo, dilucidar caso por caso qué información, dentro de la pieza de clemencia o de la pieza de transacción, queda acogida a la inmunidad absoluta de exhibición, y cuál no, entrañará no pocas complicaciones. Y como seguramente y con frecuencia las habrá, esa actividad de discernimiento debe ser controlable directamente por el juez, tal y como ha apreciado el legislador comunitario. Así, y para evitar una injustificada extensión de la inmunidad por ausencia de control de contenido de las fuentes de prueba, la DD autoriza la solicitud motivada del demandante para que el juez acceda a las declaraciones de clemencia y de transacción [apartado 6, letras *a*) y *b*)], pero “*con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18*”. Obsérvese cómo la autorización no tiene por finalidad la exhibición de la pieza de clemencia para su incorporación al pleito civil, sino la de *posibilitar la evaluación del juez* –asistido eventualmente por la propia autoridad de la competencia– de la información que está protegida por la inmunidad absoluta y la que, por las mismas razones, no goza de inmunidad, sin permitirse en ningún caso el acceso al expediente y la participación en el examen y evaluación de las partes o de terceros salvo que se trate de “los autores de las pruebas” y deban por lo tanto ser oídos (apartado 7). Se trata, sin duda, de una elemental cautela para la correcta aplicación de la inmunidad probatoria, y a fin de que si solo algunas partes del material solicitado se viera protegido por el blindaje de las letras *a*) y *b*) de este apartado, las restantes partes puedan ser accesibles “en función de la categoría en la que estén incluidas” (apartado 8). Pero obsérvese igualmente que se trata de una cautela que deja en manos del juez la decisión de restringir más o menos el propio perímetro de la salvaguardia de las declaraciones confesorias en la pieza de clemencia o en la pieza de transacción, según nos parece en línea con la doctrina

---

<sup>30</sup> Y, como señala sin lugar a dudas el Considerando (28), “[e]n cualquier momento, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder pedir, en el contexto de una acción por daños, la exhibición de las pruebas existentes con independencia de las actuaciones de una autoridad de la competencia («información preexistente»)].”



sentada primero en *Pfleiderer* y luego, con más énfasis si cabe, en *Donau Chemie*<sup>31</sup>. Posiblemente haya aquí un cierto resquicio para incorporar una mayor equidad en la redacción de la norma de transposición, si esa fuera de verdad la voluntad de nuestro legislador. A tal fin no debería perderse de vista que la *ratio* del blindaje reside en la necesidad de que el infractor solicitante de clemencia no se encuentre en peores condiciones que los coinfractores que no cooperen con la autoridad de la competencia<sup>32</sup>.

- B) En un segundo nivel, de *protección media* (una *greek list*), se alojan determinadas categorías de pruebas que solo podrían recabarse con ocasión del ejercicio de una acción de daños tras la conclusión del procedimiento *antitrust* en el que se hayan aportado o producido (apartado 5). La DD autoriza su exhibición “únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo”, seguramente porque un acceso anticipado o prematuro podría comprometer la estrategia de *enforcement* y el propio éxito del procedimiento sancionador al tener que revelarse qué documentos forman parte del expediente; esto es, porque “interferirían indebidamente con una investigación en curso efectuada por una autoridad de la competencia en relación con una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional”<sup>33</sup>. La norma no es, sin embargo, suficientemente clara y alimenta el interrogante de si la exigencia de haberse “dado por concluido” el procedimiento equivale o no, a estos efectos, a que la resolución finalizadora del mismo haya o no adquirido firmeza. Los considerandos previos de la DD aclaran que esa resolución finalizadora podría ser una que se dicte al amparo de las previsiones del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>34</sup> –como las órdenes de cesación de la infracción, la aceptación de compromisos o la imposición de multas y sanciones por las autoridades nacionales (artículo 5); o las decisiones aprobatorias de compromisos (artículo 9) y las declaraciones de inaplicabilidad (artículo 10) por la autoridad

<sup>31</sup> Según la ya citada STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* [asunto [C-360/09](#)], “al examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia, formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios de otra persona que es beneficiaria de dicho programa, es necesario velar por que la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación”; a lo que se añade que “tal ponderación sólo puede efectuarse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional, y tomando en consideración todos los datos pertinentes del asunto”. Por su parte, La STJ (Sala Primera) de 6 de junio de 2013, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG* y otros [asunto [C-536/11](#)], se decanta por la necesidad de que las normas domésticas incorporen un cierto margen de ponderación jurisdiccional que –sin concretar su alcance y límites– permita una solución caso por caso según las circunstancias concurrentes. Se entiende, así, que cualquier norma rígida que deniegue en absoluto el acceso al *leniency material*, puede menoscabar la aplicación efectiva del artículo 101 TFUE. En la misma línea, muy recientemente, STJ (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014, *Kone AG* y otros c. *ÖBB-Infrastruktur AG* [asunto [C-557/12](#)].

<sup>32</sup> Considerando (26).

<sup>33</sup> Considerando (25), primer inciso.

<sup>34</sup> [DOUE L 1/1, 4.1.2003](#).

comunitaria–, excepción hecha de las resoluciones sobre medidas cautelares en cuanto no son propiamente finalizadoras del procedimiento en el que se adoptan<sup>35</sup>. Pero esta aclaración es meramente ejemplificativa, de manera que no permite dar una respuesta general y definitiva al interrogante. Quizás quepa entender que, incluso cuando la resolución finalizadora del expediente *antitrust* no sea firme por encontrarse recurrida en vía jurisdiccional, sí tiene efectos conclusivos respecto al *public enforcement*, que no continúa sino que, en aquella hipótesis, se sometería a revisión jurisdiccional, lo que al presuponer la cristalización del expediente administrativo permite el acceso a sus piezas probatorias. A lo que debe añadirse, como argumento definitivo, que la norma expresa que la autoridad de la competencia “haya dado por concluido *su* procedimiento”, o –como se lee en la parte expositiva– “haya cerrado *su propio* procedimiento” (cursiva nuestra)<sup>36</sup>.

La DD señala cuáles son, en concreto, las categorías de pruebas que han de mantenerse retenidas o embargadas hasta tanto no concluya el expediente *antitrust*: (i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia, como la contenida en la denuncia [artículo 25.1.c) RDC] y, en general, en todas las contestaciones que las partes hicieran en distintos momentos del procedimiento; (ii) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, como las solicitudes de información remitidas al denunciante, a los denunciados o a terceros en el marco de la información reservada (artículo 26 RDC), los acuerdos de incoación del expediente (artículo 28 RDC) y de incorporación de información (artículo 30 RDC), los pliegos de concreción de hechos, o las propuestas de resolución e informes finales (artículo 34 RDC); y (iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Sobre estas últimas llama la atención (salvo que se trate de un incentivo encubierto a la terminación convencional o de un mecanismo disuasorio del propio desistimiento) que pierdan su inmunidad probatoria con el desistimiento, cuando bien miradas las cosas seguirán en todo caso conservando intactas las declaraciones de autoinculpación que les son propias (y que no parece que queden revocadas o simplemente desmentidas o contradichas por la simple retirada de la solicitud)<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Considerando (25), *in fine*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Es plausible que la norma pretenda desincentivar el desistimiento bajo la amenaza de la exhibición *ex post* del contenido de la solicitud de transacción, pero tampoco cabe descartar que un incentivo llevado al límite puede funcionar perversamente. Los supuestos de desistimiento recogidos en la Ley y en el Reglamento españoles dependen de la voluntad del solicitante de transacción, bien por acción o por omisión. En este segundo caso se tiene por desistido al presunto infractor que no presente los compromisos –primeros o sucesivos– en el plazo señalado por la Dirección de Investigación o por el propio Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [artículos 39.3 o 39.5.b) RDC]. De manera que un potencial solicitante de transacción valorará siempre a la baja el éxito esperado de la negociación con la autoridad de la competencia antes de emitir declaraciones autoinculpatórias que pudieran volverse contra él en una futura (e incentivada) *follow-on action*.

- C) En un tercer y último nivel, de *protección mínima* (una *white list*), quedan liberados los restantes elementos probatorios de las restricciones más o menos intensas a que se someten los agrupados en los niveles de protección precedentes. Según la DD, “podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías [anteriores]” (apartado 9). El legislador comunitario, respetuoso con el principio de proporcionalidad, ha entendido que todo el material del expediente *antitrust* que no comprometa la eficacia de los programas de clemencia o de las soluciones transaccionales (la *black list*), o el desarrollo y éxito del *public enforcement* (la *greek list*), es de libre acceso por los legitimados para el ejercicio de acciones de daños. Pero tampoco cabe extraer conclusiones precipitadas para la transposición de esta norma al ordenamiento interno: (i) en primer lugar, porque lo que contempla el precepto es un acceso *intermediado* por el juez, que es quien podrá ordenar “en todo momento” la exhibición; (ii) también, porque “es muy poco probable que [la acción de daños] deba basarse en todas las pruebas que aparezcan en el expediente relativo a dicho procedimiento”<sup>38</sup>; (iii) y en fin, porque la decisión del juez ordenando la exhibición del resto del material del expediente *antitrust* debe someterse a las reglas, a las mismas reglas generales, que disciplinan esta materia en el artículo 5 DD. No parece que haya, por tanto, un derecho incondicionado del demandante a la obtención de todas estas pruebas, porque nuevamente el juez habrá de valorar, sobre la verosimilitud de la petición de parte, la pertinencia y la proporcionalidad de lo solicitado, observando siempre la regla de la contradicción. Ello es así porque al tiempo que debe reforzarse la tutela privada de los perjudicados por ilícitos concurrenciales a través de la facilitación probatoria en el proceso, debe también conjurarse el ejercicio abusivo por aquéllos de sus derechos en el proceso. A esta conclusión se llega fácilmente fijando la atención en la declaración inequívoca del artículo 6.1 DD (“se aplique el presente artículo *además del artículo 5*”), sin olvidar que, a mayor abundamiento, cuando la solicitud de prueba se refiera a evidencias singulares o categorías de evidencias contenidas en el expediente *antitrust* la evaluación de la proporcionalidad queda especialmente reforzada con los nuevos criterios complementarios del artículo 6.4 DD<sup>39</sup>. Repárese en que el precepto pide al juez que examine, además de las circunstancias señaladas en el artículo 5.3 DD, otros factores de relevancia, que terminarían por conformar bien un juicio desestimatorio de las solicitudes inespecíficas de exhibición de

---

<sup>38</sup> Considerando (22). Tras la lectura de su enunciado puede advertirse con facilidad que cubre la posición de aquellas autoridades de la competencia renuentes a facilitar información a las víctimas con carácter previo al ejercicio de la acción por daños. Merece por ello un reproche en cuanto la información denegada podría ser relevante en la preparación de la demanda, lo que delita la posición procesal de aquéllas antes de impetrarse la tutela jurisdiccional.

<sup>39</sup> Es cierto que el artículo 7.3 DD, relativo a límites al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, establece que las legislaciones nacionales habrán de preservar la posibilidad de que los interesados puedan aportar al pleito civil las pruebas que hubieran obtenido exclusivamente mediante el acceso al expediente *antitrust*, cuando no formen parte de las que aquí hemos denominado *black list* y *greek list*. Sin embargo, este mandato no desmiente lo que hemos sostenido en el texto.

pruebas, bien otro estimatorio de la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

### 2.3. Límites a la aportación directa de pruebas obtenidas del expediente *antitrust*

Hasta aquí, los artículos 5 y 6 DD regulan las solicitudes de exhibición de pruebas y las correspondientes órdenes de exhibición que impartan los órganos jurisdiccionales con ocasión del ejercicio de acciones de daños. Pero hipotéticamente las pruebas también podrían ser aportadas sin intermediación del juez, directamente por los legitimados para el ejercicio de tales acciones, en cuyo caso deben de poder utilizarlas con ocasión del ejercicio de una acción de daños<sup>40</sup>. Ello no obsta a que las restricciones que se han venido examinando hasta ahora se reproduzcan en el artículo 7 DD, ahora como límites al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia. La regla general dice, textualmente, que “toda persona física o jurídica que obtenga pruebas a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe poder utilizar dichas pruebas en el marco de una acción por daños de la que sea parte”<sup>41</sup>. Y sobre esta formulación general se practican dos recortes: (i) primero, la inadmisibilidad absoluta de las declaraciones de clemencia y las solicitudes de transacción (la *black list*), o su protección de otro modo equivalente, a fin de garantizar su blindaje en las acciones de daños (apartado 1); (ii) segundo, la inadmisibilidad relativa de las pruebas señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 6.5 DD (la *greek list*), o su protección de otro modo equivalente, hasta que la autoridad de la competencia no haya dado por concluido el procedimiento (apartado 2). Una y otra restricción no responden al carácter “ilícito” de las pruebas que pretenden aportarse al proceso civil, sino a la decisión de, no obstante su licitud, privarles de eficacia en las acciones de daños, y solo en las acciones de daños<sup>42</sup>.

### 2.4 Sanciones

El cuadro normativo se complementa, por último, con un esbozo sobre el dispositivo sancionador que habría de implementarse en las normas de transposición. En concreto, el artículo 8 DD pide que los Estados miembros redoblen el *enforcement* de las

<sup>40</sup> Considerando (31). Más allá, “la posibilidad de usar pruebas que solo se hayan obtenido a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe limitarse a la persona física o jurídica a la que se haya concedido acceso originalmente y a sus sucesores legales [...] para evitar el comercio de pruebas” [Considerando (32)].

<sup>41</sup> Considerando (31).

<sup>42</sup> La doctrina procesalista viene reservando el concepto de “prueba ilícita” para aplicarlo a aquella prueba producida con vulneración de derechos fundamentales (artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC), separándose así del concepto de prueba meramente irregular o ilegal, o del de prueba simplemente ineficaz. Tras la reforma de la LEC, sobre la prueba ilícita y su control en el proceso civil, v. por todos, PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, *Justicia*, 2005, págs. 59-100, y BELLIDO PENADÉS, R., “[La prueba ilícita y su control en el proceso civil](#)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 2010, pp. 77-114. En nuestro caso nos parece que no hay tensión entre los derechos fundamentales del demandante (víctima) y demandado (infractor), sino entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del demandado y el interés público en preservar el sistema público de aplicación *antitrust* mediante programas de clemencia atractivos y eficaces.



decisiones de los jueces sobre exhibición y admisión de pruebas posibilitándoles la imposición de sanciones que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” en los supuestos extremos de (i) incumplimiento o negativa a cumplir un requerimiento judicial de exhibición de pruebas o de las obligaciones impuestas para la protección de información confidencial, (ii) incumplimiento de los límites legales al uso de pruebas, o (iii) destrucción de pruebas pertinentes. Las sanciones no siempre tendrán naturaleza pecuniaria (multas), sino que podrán incluso consistir en “la posibilidad de extraer conclusiones [procesales] adversas” o “condenar en costas” a la parte incumplidora, lo que supondrá más incentivos para un correcto comportamiento de las partes en el proceso.

### 3. LOS CORRECTIVOS AL BLINDAJE DEL *LENIENCY MATERIAL*

La complejidad del sistema no acaba aquí. En la medida en que el mantenimiento de un núcleo no divulgable en el conjunto documental de clemencia puede dificultar la tutela judicial efectiva de las víctimas de los cárteles, y un debilitamiento de la aplicación privada *antitrust*, la DD articula tres correctivos que están llamados a reequilibrar los intereses en juego. Se trata de medidas, ya exploradas en los trabajos preparatorios e incorporadas en la versión final de la DD, que redundarán en un mayor grado de facilidad probatoria para los demandantes civiles en la fase de *private enforcement*<sup>43</sup>.

#### 3.1. Facilitación probatoria del ilícito concurrencial

De entrada, la imposibilidad de acceder al núcleo del *leniency material* queda en alguna medida compensada con la vinculación del juez por las resoluciones de la autoridad de la competencia nacional (y, en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa) en orden a la constatación de la existencia de una infracción *antitrust*. La vinculación se establece entre jueces y resoluciones de autoridades de la competencia de un mismo Estado miembro, pero no en relación con las resoluciones de autoridades de competencia de otros Estados miembros, que tendrán no obstante (y al menos<sup>44</sup>) el valor propio de un “principio de prueba” de la existencia de una infracción *antitrust* que obligará a su valoración junto con otras pruebas aportadas al proceso.

Este efecto de vinculación estaba ya reconocido por el Reglamento (CE) 1/2003, que trata de asegurar la aplicación uniforme de la normativa europea de la competencia bajo la siguiente fórmula: “Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos [101 o 102 TFUE] que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán

---

<sup>43</sup> Estas medidas responden a una clara orientación político-legislativa que se expresa con suficiente claridad en el Considerando (14): “el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE”.

<sup>44</sup> Considerando (35).

adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión” (artículo 16.2)<sup>45</sup>. No debe olvidarse que, en atención a ello, los artículos 434.3 y 465.6 LEC han venido posibilitando entre nosotros la suspensión del plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos [101 y 102 TFUE] cuando el juez de lo mercantil o el tribunal de apelación tienen conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea y resulte necesario conocer el pronunciamiento de la autoridad comunitaria<sup>46</sup>. Pero no solo en los casos en que el expediente administrativo se encuentre pendiente de pronunciamiento ante la Comisión Europea, sino incluso ante los órganos de defensa de la competencia domésticos (bien la CNMC, bien las autoridades autonómicas), en una extensión ciertamente censurable al faltar hasta ahora una norma que expresamente establezca la vinculación de los jueces y tribunales a las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia<sup>47</sup>.

La DD permite resolver esta cuestión al establecer que “la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción de daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional”. La opción por la vinculación del juez nacional a los pronunciamientos firmes, ya administrativos, ya jurisdiccionales, en relación con los mismos ilícitos *antitrust*, no deja por tanto lugar a dudas. Podrá discreparse sobre la conveniencia de esta vinculación tan rotunda y absoluta —en cuanto la constatación previa de la infracción *antitrust* se predica “irrefutable” y vacía prácticamente de

---

<sup>45</sup> El Considerando (22) del Reglamento explica la motivación de la medida en los siguientes términos: “En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. Por tanto, es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [...]”. En este pasaje ejerce su influjo la célebre STJ de 14 de diciembre de 2000 (asunto [C-344/98](#), *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.*): “Cuando la solución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la Decisión de la Comisión, de la obligación de cooperación leal se desprende que, para evitar dictar una resolución incompatible con dicha Decisión, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la Decisión de la Comisión” (ap. 57-58).

<sup>46</sup> Recuérdese que ambas previsiones fueron introducidas en la LEC por los números cinco y siete, respectivamente, de la disposición adicional segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Críticamente sobre ellas, no obstante, ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La aplicación privada del derecho de la competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad”, en VV.AA., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, VELASCO SAN PEDRO, L. et alii (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 176. Con una valoración más conciliadora y posibilista, solo crítica por la falta de ambición que muestra la reforma procesal, DíEZ-PICAZO, I., “Sobre algunas dificultades para la llamada ‘aplicación privada’ de las normas de competencia en España”, en VV.AA., *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, pp. 60-66.

<sup>47</sup> Cfr. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La aplicación privada...”, *op. cit.*, pp. 177. Para otros jueces, “la decisión de la CNC es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no veda a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión aunque, eso sí, para el Juez de lo Mercantil constituirá un instrumento de convicción de gran autoridad, que puede justificar incluso la suspensión del procedimiento judicial hasta que se dicte la decisión de la CNC, si esta estuviere pendiente”: SANCHO GARGALLO, I., [“Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”](#), *Indret*, 2009, p. 26.

contenido el principio de independencia judicial—, pero el avance del *private enforcement* hacia la protección de las víctimas en un sistema de aplicación coherente y no contradictorio es a estas alturas imparable. Es cierto que en un sistema de separación constitucional de poderes se hace difícil subordinar la decisión de un órgano jurisdiccional al criterio previamente expresado por un órgano administrativo, más aun cuando esa subordinación puede encubrir una cierta desconfianza hacia lo jurisdiccional en materia *antitrust*<sup>48</sup>. No parece sin embargo tan grave si se piensa que la exigencia de firmeza a la resolución de la CNMC difiere su virtualidad probatoria en el pleito civil al dictado de una resolución jurisdiccional cuando aquella hubiera sido impugnada en el orden contencioso-administrativo<sup>49</sup>. Alcanzada la firmeza en virtud de resolución emanada de este orden jurisdiccional, la vinculación se hallaría plenamente justificada en el efecto positivo de cosa juzgada que necesariamente habría de reconocerse a aquélla.

En definitiva, tras la transposición de la DD las decisiones de las autoridades de competencia habrán de tener *efecto vinculante irrefutable* en el pleito civil para la acreditación de la existencia de la infracción de las normas de la competencia que motive el *private enforcement*, superándose así la calculada ambigüedad que sobre el particular ha mostrado el Tribunal Supremo en época muy reciente en su pronunciamiento respecto al “cártel del azúcar”<sup>50</sup>. Pero ello no podrá significar, sin embargo, que al juez civil le venga impedido valorar según la lógica propia de la responsabilidad civil lo que previamente ha sido valorado por la autoridad de la competencia en el sistema de responsabilidad administrativa por ilícitos *antitrust*. Una cosa es la prueba irrefutable de los hechos constitutivos de la infracción, y la infracción misma (*factum*), y otra distinta la calificación jurídica que en cada ámbito de decisión y orden jurisdiccional aquéllos merezcan<sup>51</sup>. De la misma manera que, a la inversa, una resolución administrativa sin efecto sancionatorio no hará necesariamente prueba de la inexistencia de responsabilidad civil por ilícito concurrencial.

---

<sup>48</sup> Cfr. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>49</sup> Debe reseñarse que nuestra doctrina administrativista había entendido, antes de la aprobación de la DD, que “el efecto probatorio de las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia que se propone no implica merma alguna de la tutela judicial para las empresas afectadas, ya que las resoluciones de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia siguen siendo susceptibles de recurso jurisdiccional” [SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía*, en ABOGACÍA ESPAÑOLA, <http://www.abogacia.es/2014/06/25/derecho-de-la-competencia-programa-de-clemencia-y-reclamacion-de-danos-y-perjuicios-nuevo-escenario-para-la-abogacia/> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014)]. Con cautela, entre nosotros, HERRERO SUÁREZ, C., “La futura Directiva de daños...”, *op. cit.*, pp. 1-5.

<sup>50</sup> STS –Sala 1ª– 7 noviembre 2013 (RJ 2014, 487). Aunque su consideración excede de los límites impuestos a este trabajo, no puede dejar de recordarse que para el Tribunal Supremo unos hechos no pueden existir y dejar de existir a la vez para los órganos del Estado, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas. Pero esa distinta apreciación debe de estar motivada.

<sup>51</sup> Esta es la conclusión a la que, nos parece, conduce una afirmación contenida en el Considerando (34): “Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones”.

### 3.2. Facilitación probatoria del daño y de su cuantificación

- A) Pero la facilitación probatoria a favor de los demandantes por daños no termina aquí. También el artículo 17.2 DD, relativo a cuantificación del perjuicio, establece una presunción *iuris tantum* de perjuicio al señalar que “se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios”, asistiéndole no obstante al infractor el derecho a rebatir esa presunción. Se trata, por tanto, de una prueba indiciaria del daño (que en el caso de los cárteles se traduce en “costes excesivos” para los compradores de los cartelistas), y que presenta la siguiente estructura: (i) un indicio (o hecho base), que no es otro que el cártel, probado por medio de una prueba directa (la propia resolución de la autoridad de la competencia que lo declare, o cualquiera otra), (ii) un hecho presunto (o consecuencia), que es el perjuicio por el coste excesivo soportado por el actor, y (iii) un enlace (o razonamiento indiciario), que es el razonamiento lógico-deductivo que en este caso (como presunción legal y no judicial) se incorpora directamente a la norma sin necesidad de despliegue actividad valorativa alguna por el juez<sup>52</sup>. La DD asume que en presencia de un cártel siempre hay daño, bien porque el ilícito concurrencial produce un incremento de los precios, bien porque impide la reducción que en ausencia de restricción se hubiera naturalmente producido. A esta presunción llega el legislador comunitario pensando en cómo suelen ocurrir las cosas en la práctica concurrencial, y pensando también en los sujetos más necesitados de tutela en estos casos, que son sin duda los compradores situados al final (o muy cerca del final) de la cadena de distribución, que al encontrarse a distancia de la infracción encontrarán verdaderas dificultades para la obtención de pruebas suficientes sobre la existencia y la repercusión del coste excesivo a lo largo de la cadena, frente al posible éxito de la *passing-on defence* ensayada por el infractor demandado y, por esta vía, enriquecido injustamente como consecuencia de la infracción<sup>53</sup>. Hipotéticamente podría haber casos que desmintieran la presunción<sup>54</sup>, pero al razonamiento indiciario le basta apoyarse en la generalidad de los supuestos para legitimar aquella decisión tuitiva.
- B) Mas, como señala la DD, “una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios”<sup>55</sup>. Por ello, la anterior presunción viene acompañada de una facilitación probatoria en la cuantificación del daño

---

<sup>52</sup> Cfr. con carácter general ASENIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, “La prueba”, *op. cit.*, pp. 940-943.

<sup>53</sup> *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, p. 9. Sobre esta defensa, v. por todos VELASCO SAN PEDRO, L. y HERRERO SUÁREZ, C., “La ‘passing-on defence’, ¿un falso dilema?”, VV. AA., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, VELASCO SAN PEDRO, L. (dir.) et alii, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593-604.

<sup>54</sup> En estos términos, v. por ejemplo CREUS, A., “El daño de los cárteles / Cum grano salis”, *GJUEC*, 2011, pp. 5-10.

<sup>55</sup> Considerando (45).



presumido consciente como es el legislador comunitario de que se trata de una materia tan compleja que puede terminar obstaculizando la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios. Así, el artículo 17.1 DD ordena que “ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”. La comprobación de que la transposición de la norma comunitaria a las legislaciones nacionales se manifiesta respetuosa con su clara finalidad tuitiva no será una cuestión discreta sino de grado, y entre nosotros podría quedar resuelta, en términos generales al menos, con la flexibilidad que aporta el *principio de facilidad probatoria* en la distribución del *onus probandi* (artículo 217 LEC) y la *regla de la sana crítica* en la valoración de la prueba. Lo que, por el contrario, sí requerirá una transposición menos gradual será la norma según la cual el juez podría fijar de manera estimada el importe de los daños y perjuicios de la indemnización cuando “resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil [cuantificarlos] con precisión [...] sobre la base de las pruebas disponibles”, incluso en aquellos casos en que haya intervenido, a requerimiento del propio juzgador, una autoridad de la competencia prestando asesoramiento en la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados (artículo 17.2 DD). La necesidad de que la cuantificación del daño evalúe en términos hipotéticos la evolución del mercado en un escenario sin infracción obligará al juez, en muchos casos, a fijar una cuantía estimada de los daños y perjuicios indemnizables, incluso sobre las orientaciones “claras, simples y completas” de la Comisión Europea<sup>56</sup>, o las más casuísticas de las autoridades nacionales de la competencia<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Considerando (42).

<sup>57</sup> Considerando (46).